✠

POR

D. MARIA DE SANDE y Messa, hija del Doctor D. Francisco de Sande, Cauallero de la Orden de Santiago, Presidente, y Gouernador que fue de la Audiencia de Santa-Fè en el nueuo Reyno de Granada, y doña Maria de Messa su muger.

CON

D. FRANCISCO DE EGVILuz y Herencia, Cauallero de la Orden de Santiago, y consortes.

1 STE Pleito se ha litigado sobre diuersas pretensiones, en que por el Consejo se han dado sentencias de vista, y reuista, excepto en lo tocante a los 28U57. *ducados de las quatro legitimas de los quatro hermanos de doña Maria de Sande*, que todos fueron hijos del Doctor Francisco de Sande, y doña Ana de Messa, que no se ha determinado, sino remitidose a mas señores juezes.

2 Y para discurrir en ella con claridad, se pondrà breuemente.

3 En primer lugar la relacion ajustada del hecho del pleito, solamente en lo respectiuo a la pretension remitida.

4 Y en segundo los fundamentos legales en que consiste la justicia de doña Maria de Sande, para que se declare tocarle por bienes libres estas quatro legitimas.

Relacion del hecho.

5 LO que del memorial ajustado, que se ha formado por el Relator, toca a esta pretension, comiença desde el *num.* 32. donde se haze mencion de la escritura que el Doctor Francisco de Sande, y doña Ana de Messa su muger otorgaron en la Ciudad de Santiago de Guatimala de Indias, en 5. de Nouiembre del año de 1596. en que dexaron vinculados todos sus bienes auidos, y por auer, segun se contiene en la clausula de la dicha escritura, *mem. d. num.* 32. que es la siguiente.

Clausula tocante a los bienes del vinculo.

6 *PRimeramente los dichos señores dixeron, que en quanto a los bienes de que hizieron el dicho mayorazgo en la dicha escritura contenidos, aora declaran, que demas dellos ansimismo por esta escritura hazen, è instituyen el dicho mayorazgo de todos, y qualesquier bienes muebles, rayzes, salarios, rentas, y frutos, derechos, y acciones auidos, y por auer.*

7 Despues de lo qual los mismos otorgantes en 13. de Abril de 1602. hizieron escritura, *memor. ex num.*

num. 37. hasta 44. en declaraciòn de la que auia precedido de fundacion del vinculo, y mayorazgo, y la clausula que conduze para las quatro legitimas, sobre que se litiga, y pretende por bienes libres doña Maria de Sande de sus quatro hermanos, es la que se sigue.

Clausula de las quatro legitimas.

8 *Y Porque en la clausula 17. de la primera escritura, vsando de la facultad Real, que tenemos para la institucion del dicho mayorazgo, reseruamos en nos ampliar, y estender lo contenido en ella: dezimos, q̃ por quanto su Magestad en la licencia que nos concede para fundar mayorazgo, declara que dexemos a los demas hijos que tuuieremos que no ayan de suceder en èl, alimentos para su sustento, aunque sean en menos cantidad de sus legitimas. Por tanto disponiendo en este caso lo q̃ mas nos cõuiene, y valiendonos de la dha cedula Real, declaramos q̃ dexamos por nuestros hijos legitimos, demas de dõ Frãcisco, que es el primero, a doña Francisca, doña Maria, don Fernando, dõ Pedro, y dõ Alonso: a todos los quales, y a cada vno dellos, y a los demas q̃ de oy mas fuere Dios seruido de darnos, como a tales nuestros hijos legitimos, y naturales, en la hazienda que al presente tenemos, y adelante tuuieremos, los instituimos, y dexamos por herederos a cada vno en particular en cãtidad de 150U. mars. de juro de a 14U. el millar en propidad, para que sean suyos perpetuamente, como tales hijos, y herederos nuestros.*

9 Con estas disposiciones muriò el Doctor Francisco de Sande, y despues dèl los dichos quatro hijos, sobreuiuiendoles doña Ana de Messa su madre: y como tal sucediò en las herencias, y bienes dellos, que murieron ab intestato.

10 Y despues de todos ellos muriò ella, y en su testamen-

tamento instituyò por su vnica, y vniuersal heredera a doña Maria de Sande su hija, mem. n. 57.

11 La qual en este pleito ha pretendido, y pretende, que de los bienes de sus padres se le han de hazer buenos por libres los tocantes a las legitimas de los dichos sus quatro hermanos (que la suya, ya se la ha mandado hazer buena el Consejo) y que se compute el principal de los dichos 150U. marauedis, respectiuos a cada hijo, a razon de a veinte mil el millar.

12 Don Francisco de Eguiluz, y consortes lo impugnan, por dezir que en la escritura de 5. de Nouiembre de 1596. que en Santiago de Guatimala hizieron el Doctor Francisco de Sande, y su muger, dexaron vinculados todos sus bienes, auidos, y por auer, conforme a la clausula referida, supra *n. 6.* y que doña Ana de Messa por el titulo de heredera de sus hijos, a quien sobreuiuiò, adquiriò estas quatro legitimas: y que quedaron como bienes suyos al tiempo de su muerte: y no se hã de tener por libres, sino vinculados, y comprehendidos en el mayorazgo, mediãte la generalidad de bienes auidos, y por auer de la dicha fundacion.

13 Doña Maria de Sande respondiò, y satisfizo a todo ello cõcluyentemente en el discurso del pleito, con fundamentos viuos, y legales, a que se reduze la defensa de su justicia, para que se le ayan de hazer buenas estas quatro legitimas por bienes libres, y no se ayan de comprehender en el mayorazgo.

14 Con que se concluyò el pleito, y se viò, y remitiò en discordia.

Fun-

Fundamentos de la justicia de doña Maria de Sande.

15 NO es dudable que el Doctor Francisco de Sande, y doña Ana de Messa su muger, fundadores del mayorazgo, deuieron indispẽsablemente dexar a sus quatro hijos, y a los demas que adelante tuuiessen legitimas, ò alimentos, aunque no fuessen tan quantiosos como les podian tocar, sino se huuiera fundado el mayorazgo, como se fundò en virtud de facultad Real, por ser obligacion precisa, y natural en los padres dexar à sus hijos legitimas, ò alimentos bastãtes, en lugar dellas, tam de iure fori, quam de iure polli, ex latissimè adductis a D. Molina *de primogenijs lib. 2. cap. 1. nu. 10.* ibi: *Si facultas ad constituendum primogenium ex omnibus bonis simpliciter concedatur dicendum erit maioratum eiusdem facultatis virtute apparente ex omnibus bonis institutum, non relictis cæteris filijs competentibus alimentis, ne quoad ius fori, nec polli securum esse.* Y sus adicionadores ibidem, y Gutierr. *lib 2. quæst. 14 n. 38.* Molina el Teologo *disput. 528. & tractat. 2. disput. 616.* vers. *nihilominus*, Quesada *diuers. quæstion. cap. 6. num. 18.* ad medium, con otros muchos que estos refieren.

16 Y aqui fue mas preciso, pues por la misma facultad fuit expresse cautum, que los fundadores dexassen a sus hijos alimentos en lugar de sus legitimas, aunque no fuessen tan quantiosos, consta de la clousula referida supra *num. 8.* ibi: *Dezimos, que por quanto su Magestad en la licencia que nos concede para fundar mayorazgo, declara que dexemos a los demas hijos que no han de suceder en èl, alimentos para su sustento, aunq̃ sea en menos cantidad que sus legitimas:*

17 Y vſando della, proſiguen (auiendo nombrado los quatro hijos) a la conſtitucion de ſus legitimas, ò alimentos en la cantidad de 150U marauedis de renta en propiedad, ibi: *A todos los quales, y a cada vno dellos, y a los demas que de oy mas fuere Dios seruido de darnos como a tales nueſtros hijos legitimos, y naturales, en la hazienda que al preſente tenemos, y adelãte tuuieremos, los inſtituimos, y dexamos por herederos a cada vno en particular en cãtidad de 150U marauedis de juro, a 14. mil el millar en propiedad, para que ſean ſuyos perpetuamente, como tales hijos, y herederos nueſtros.*

18 Y poniendolo efectiuamente en execucion, como lo puſieron en la dicha eſcritura de 13. de Abril de 1602.

19 Fundaron mayorazgo de todos ſus bienes preſentes, y futuros, en fauor de don Franciſco ſu hijo mayor, deduciendo del miſmo mayorazgo, por via de grauamen las legitimas, y alimentos libres de ſus quatro hijos, a cada vno a razon de 150U. marauedis de juro, y renta con el principal que les correſponde, como conſta por la clauſula de la dicha eſcritura de 13. de Abril de 602. referida ſupra num. 8.

20 Que en ſuſtancia, fue auer los fundadores hecho en ſu vida particion, y diuiſion de ſus bienes entre ſus hijos.

21 Que aunque ſus hijos no la podian pedir, ni preuenir viuiendo ſus padres, vt in *l. 1. § ſi impuberi ad rogato*, verſ. *præ matura eſt enim ſpes, ff. de collation. bon. l. cum queritur, C. de inoffic. teſtam.* cum ſimilibus recollectis a Merlin. *in tract. de legitima lib. 3. ti. 3. quæſt. 1. num. 1.*

22 Es diuerſo, ſiendo de voluntad de los miſmos padres (como aqui lo fue) los quales pudieron en ſu

vi-

vida auer hecho, como hizieron la dicha diuision de bienes, y obligar a sus hijos a que estuuiessen, y passassen por ella, y se contentassen con las legitimas, ò alimentos que les asignaron, y que todo lo demas fuesse, y quedasse para el mayorazgo, *l. si filia 20. §. si pater, ff. famil. herciscund.* Con sus concordantes alegados por Gomez Arias *in l. 15. Taur.* D. Molina *lib. 1. cap. 12. ex n. 1.* Ayora *de partitionibus, 3. par. quæst. 16. num. 53.* que comiença: *Si el padre, ò madre ouiessen en vida partido, ò diuidido sus bienes entre sus hijos,* Escobar *de ratiocinijs comput. 1. n. 5.* Franchis *dec. 133. n. 2.* vers. *bene tamen poterit, Pater si vult eidem in vita legitimam assignare.* Merlin. *dict. quæst. 2. num. 12.* vers. *quia ille potest cogere filium in vita consequi legitimam,* y prosigue, quod licet aliquando punctus sit controuersus, auiendo reluctancia de parte de los hijos (fuera de que aqui no la huuo, sino que en todo se procediò de conformidad) es la mas comun, y segura opinion, que la adjudicacion de la legitima se puede en qualquier sucesso señalar, cõstituir, asignar, y anticipar por los padres en su vida, vt expressè agnouerunt. Bald. *in l. 2. C. de reuocan. his quæ in fraud. creditor.* Franchis, *dict. decis. 133.* y Peregrino *de fideicommiss. artic. 36. num. 17.* vbi ad saturitatem discurrunt.

23 Et sic, desde entonces quedò de todopunto firme la adjudicacion, y señalamiento de legitima, ò alimentos: y cada vno de los quatro hijos adquirieron irreuocablemente la propiedad, y dominio de los ciento y cinquenta mil marauedis de renta, y pudieran, statim, si quisieran disponer dellos libremente, como de cosa suya, sin esperar la muerte de sus padres.

24 Tanto por auer sido como fue expressa, y determinada la voluntad dellos, en que desde el dia del

otor-

otorgamiento de la escritura de 13. de Abril de 602. quedasse todo lo en ella contenido, perfecto, y con irreuocable adquisicion, que es el caso que in indiuiduo resoluiò Tello Fernandez *in l. 25. Taur. num. 3.* vers. *ad primum igitur*, sub dens, *quod vbicumque ex voluntate actum fuit, vt donatio sortiretur effectũ debet firmiter attendi tempus donationis, non expectata morte donantis*, para limitaciõ de lo que se suele disputar en terminos de la dicha *l. si filia, §. si pater, ff. famil. erciscund.* Con ocasion de las palabras que en si contiene, ibi: *Non videri donationem, sed potius supremi iudicij diuisionem*; de que tales diuisiones, y señalamiento de legitimas entre los hijos, sean reuocables, y de ambulatorias, hasta la muerte de los padres, lleuò lo mismo Escobar *de ratiocinijs, d. comput. 1. n. 5.* vers. *secunda tamen*, siguiendo en todo la opinion de Tello.

25 Como porque mediante las clausulas de constituto, y de acetacion, y otras que contuuo la fundacion del mayorazgo, quedò ansimismo desde entonces con irreuocable adquisicion, no solo quanto a los bienes del Doctor Francisco de Sande, sino tambien en los biens de doña Ana de Messa su muger, segun que assi fue, y està juzgado, y determinado por el Consejo en reuista, entre las mismas partes.

26 Y seria absurdo que estando todo comprehendido en vn mismo instrumento, esto es, el mayorazgo en que fue primeramente llamado el hijo mayor, y la adjudicacion, y assignacion de legitimas de los demas hijos, se dixesse que desde entonces quedasse irreuocablemente adquirida la propiedad de los bienes para el mayorazgo: y quãto al grauamen de las legitimas, ò alimentos de los dichos quatro hijos, se entendiesse no auer produ-

ci-

rido irreuocable adquisiciõ desde el mismo otorgamiento, porque seria diuidir en dos efectos repugnantes, y contrarios vn mismo instrumento indiuiduo, iuris notissima regula reclamante, *in l. nam absurdum, ff. de bonis libertor.* ibi: *Absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, & partim euertere, l. si ita stipulatio 39. de oper. liberto.* ibi: *Non debet ex parte comprobare obligationem, & ex parte tamquam iniqua queri,* Surd. *decis. 33. num. 5.* ibi: *Contractus in totũ approbari debet, vel in totũ, non autẽ pro parte acceptari, & pro parte impugnari,* cita otros muchos para el intento Tiraquel. *de retract. conuentional. in fin. num. 4. & seqq.*

27 Con que no es possible en sentido legal, sino que el dominio de estas quatro legitimas quedasse irreuocable, y plenamente adquirido en los quatro hijos: y en quanto a lo tocante a las legitimas del Doctor Francisco de Sande su padre, con mayor fundamento, pues murio en vida dellos, y cõ su muerte quedaron mas confirmadas, y calificadas, ex adductis ad propositum à Valençuel. Velazq. *cons. 63. num. 38. vers. nisi is actus morte confirmetur*, sin auer tratado de alterar, ni modificar su voluntad, sino que corriò en la misma forma como estaua dispuesto: y assi aunque no tuuieran como tuuieron adquisicion anterior por la dicha escritura, la auian conseguido por muerte de su padre en lo tocante a èl.

Replica contraria.

28 Lo que se opone por don Francisco de Eguiluz, y consortes, es, que aunque despues que murio el padre, murieron los hijos sobreuiuiendo la madre, recayeron en ella como su heredera sus

quatro legitimas, y las adquirio, y acetò, y con su aceptacion se mezclaron, y juntaron inseparabiliter con los demas bienes de la sobredicha, & totum fuit effectum vnum patrimonium, y quedaron por bienes della al tiempo de su muerte para el mayorazgo, en virtud de la clausula general de la fundacion *de bienes auidos, y por auer*, vt *in l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulgari.* ibi: *Iuncta enim hereditas esse cœpit*, cum alijs congestis ab Azeued. *en la l. 1. tit. 6. de las herencias, lib. 5. Recopil. n. 9.*

Respuesta.

29 Diuersos fundamentos se ofrecen muy juridicos para exclusion de la replica.

30 Lo primero, quia licèt in obligatione generali comprehendantur omnia bona futura, y que se hallassen en poder, y dominio del obligante al tiempo de su muerte, vt *in l. fin. C. quæ res pignor. oblig. possint*, cum adductis à Noguerol. *allegat. 1. num. 108.*

31 Fallit notissimè in his rebus, quas verò similiter debitor non esset specialiter obligaturus, vt cauetur *in l. 1. C. eodem tit. quæ res pignor. oblig. poss. l. obligatione generali 6. de pignorib.* ibi: *Obligatione generali rerum quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quæ verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse*, Bartol. *in l. Codicillis, §. instituto, nu. 5. de legat. 2.* vers. *in obligatione ista generali, non venit ista domus quam verisimiliter non esset specialiter obligaturus*, Angelus *in dict. l. obligatione generali, num. 2.* Mantic. *de tacitis, & ambiguis conuentionib. lib. 11. tit. 4. num. 4. & 14.* Burat, *decis. 22. num. 20.* Merlin. *de pignor. lib. 2. tit. 1. quæst. 54. nu. 3.* qui enumerant alios plures.

Y no

32 Y no es verosimil, ni creible que el Doctor Frãcisco de Sande, y doña Ana de Messa su muger, quando fundaron el mayorazgo de todos sus bienes auidos, y por auer, huuiessen querido en esta generalidad comprehender para el vinculo las dichas legitimas, ni cogitassen dellas, ni cayesse en su imaginacion, y pensamiento que sus hijos se auian de morir antes que ellos, turbato mortalitatis ordine, *l. nam, & si parentibus 15. de inoffic. testam. l. scripto hærede, §. vlt. ff. vnde liberi.*

33 Y mas tratando como tratauan entonces de dexar legitimas a sus hijos por via de alimentos, no solo mientras durassen los mismos padres, sino despues de su muerte, que es en todo genero de disposicion el anhelo, y voto comun, quod semper habent parentes, erga filios, vt *in l. penultima. §. sed nũquid, ff. de bon. libert.* ibi: *Cum omnia, quæ nostra sunt liberis nostris ex voto paremus.* Y fue sentencia del Apostol *2. ad Corint. cap. 12.* ibi: *Non debent filij parẽtibus thesaurizare, sed parentes filijs*, Anton. Fabr. *en el 2. de sus racionales, ad d. l. nam etsi parentibus.* En la razon de dudar donde dize ser esto tan natural, quod etiam viuo adhuc patre, por la razon de la *l. in suis 11. de liber. & posthum* filius quodammodo rerum paternarum dominus esse creditur, & inde suis hæres appellatur.

34 Atque ita neque ex vi extensiua, neque comprehensiua, se podrà entender la fundacion del mayorazgo en estas legitimas, como cosa tan inopinada de los fundadores, y tan contraria al deseo comun de todos los padres, y en particular de los presentes, que con tanto afecto miraron por sus hijos en la misma fundacion del mayorazgo, *l. cum Aquiliana, l. qui cum tutoribus, ff. de transactionib. l. si de certa, C. eodem titul. l. mater decedens, ff. de inoficios. testa-*

testamento, l. tres fratres, ff. de pactis, l. fin. ff. de eo qui pro tutore.

35 Y que esto proceda in omni materia, & genere cuiuscumque dispositionis obseruarunt, Pedrocha *consi. 36. num. 150. lib. 4.* Geminian. *consil. 66. nu. 10.* Camillus Gallinius *de verbor. signific. lib. 1. cap. 9. num. 7. fol. mihi* 6. vbi ait, *quod verba generaliter prolata solum trahuntur ad ea, quæ verosimiliter excogitata fuissent, & quod verba testatoris restringi debent ad rationabile cogitatum, & contra verosimile cogitatũ non accipiuntur*, Anton. Fabr. *ad tit. C. de sacrosanct. Eccles. diffinit. 42. nu. 13.* & procedit etiam si dispositio fuerit iurata, Seraphin. *de priuilegijs iuramenti, priuileg. 109.* & compluribus alijs Castill. *lib. 5. controuers. cap. 116.* por muchos numeros.

36 A fortiori, siendo la persona que pretende las quatro legitimas por libres D. Maria de Sãde, hija legitima, y natural de los dhos Doctor Frãcisco de Sande, y doña Ana de Messa, que vnicamente ha quedado, y sobreuiuido a todos, con que en fauor della influye mas viuamente la verisimilitud de no auer querido sus padres incluir las dichas legitimas en el mayorazgo, y mas en el caso presente de auer de passar la sucessiõ dèl a las personas tan remotas, y fuera de la descendencia dellos mismos, nec creditur voluisse alienas successiones proprijs anteponere contra iura notissima, vt in simili perpendit Franciscus Merlin. *controuersiar. forensi, centur. 2. cap. 1. num. 35.* ibi: *Nec credendum est suam posteritatem alienæ soboli posponere quemquam voluisse, ex celebri illa affectionis coniectura considerata à Papiniano in l. cum auus* 101. *de condit. & demonstrat. & repetita in l. cum acutissimi* 30. *C. de fideicommiss.* Mantiça *de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 11. tit. 20. num. 21.* Nicolao Noal *de transmissione, casu 1. num.*

153. & 154. Rota Romana *decis. 782. num. 16. par. 1. in nouissimis*, y Anton. Fabr. *in Codice fabricario, lib. 6. tit. de fideicommiss. diffinit.* 14.

37 Y si los padres de doña Maria de Sande oy tuuieran presente el caso que se ha ofrecido de no tener ella hijos, ni descendientes, y auer de passar el mayorazgo a transuersales tan remotos, no es dudable que declarâran en fauor de su hija, para que lleuâra las legitimas de sus quatro hermanos predifuntos, y gozâsse dellas libremẽte: y si en algũ sucesso puede ser aplicable la vulgaridad de la *l. tale pactum, § finali, iuncta glos. finali, ad finem, ff. de pactis*, cũ alijs multis congestis à Castill. *lib. 4. controuers. cap. 12. ex num. 1.* & ferè per totum. Es en este pleito adonde se ha de tener por expresso aquello que si los padres huuieran visto fuera respondido, y declarado por ellos, como lo hizo, y declarò la dicha doña Ana de Messa en la escritura, y reuocacion que hizo despues de auer muerto sus quatro hijos, en que no solo vino en sustancia a declarar que las legitimas quedauan libres, sino todos los bienes, reuocando en caso necessario el mayorazgo, por dezir que ella, ni su marido no auian tenido intencion que lo fuesse, ni durasse faltando sus hijos, y descendientes, sino que todos los bienes quedassen libres, y los huuiesse como tales doña Maria de Sande y Messa, su hija vnica, que auia quedado, y esto mismo reualidò, y declarò con mas enixa voluntad por clausula del testamento con que murio, memor. num. 55. y 57. y aunque esta escritura, y clausula quedassen desestimadas por la sentencia de reuista, en quanto à los bienes del mayorazgo, que consisten deduzidas las dichas quatro legitimas, como queda fundado supra, y ponderado, todavia la dicha escritura de reuocacion, y clausu-

la del testamento conduzen, y aprouechan grandemente para declaracion de la dicha voluntad en el intento que se lleua, argument. text. in *l. fin. de rebus eorum,* cum adductis â Castill. *lib. 5. controuers. cap.* 108. *num.* 3. Genua *de verb. enuntiatiui, lib. 2. quæstion.* 30. *num.* 18.

38 Lo segundo, porque aunque en la *l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de vulgar.* se dixo, quod ex eo quod iuncta hæreditas esse cœpit, quedò inseparable la herencia del padre, y la del hijo impubere, en el substituto, mediante la aceptacion que de la herencia del padre auia hecho el hijo impubere, y quedò de todo hecho vn patrimonio.

39 Esto se limita segun Azeued *in l. 1. titul. 8. lib. 5. Recopil. nu. 9.* Matienço ibid. *glos. 3. num.* 17. en algunos casos expressados por derecho.

40 Comò sucedio en la *l. 6. tit. 13. part. 6.* donde se decide, que aunque el hermano difunto huuiesse en su vida acetado, y adquirido las legitimas, y herencias de sus padres, y en su persona se huuiessen mezclado, juntado, y hecho vn mismo patrimonio, mediante su aceptacion, si sucediesse despues auer muerto el tal hermano, dexando dos hermanos, vno de parte de padre, y otro de parte de madre, se auran de separar los bienes, para que el hermano de padre lleue solo la herencia q̃ prouino del padre, y el hermano de madre la que prouino de parte de la madre, no embargante que sean porciones desiguales, y que en la persona del hermano estuuieron juntas, porque la nouedad del sucesso, y accidente que sobreuino las hizo separables como que no se huuieran juntado, porque la ley, que es quiẽ lo antevió, lo tuuo presente, aunque no huuiesse sucedido, como singularmente ad propositum lo ponderò Bald. *consil.* 141. *num. 4. volum.*

*lum.1.*verſ. *quia oculus legis ſicut oculus Dei omnia vi-det.omnia intuetur.*

41 Y lo miſmo ſe obſerua in filijs fratrum prædi-ctorum, ſecundùm Matiſalanum *in tractat. de ſu-ceſsionibus abinteſtato,*verſ. *Tertio articulus principa-lis,*& ex Angelo Aretino *in §.ſi plures,ad fin. inſtit. de legitim.agnator.ſucceſsion.* & alios recenſet Gre-gor.Lopez *in dict. l.1.titul.6.part.6.gloſſ.de parte de ſu padre.*

42 Y de la miſma calidad viene a ſer nueſtro caſo, pues quando en la madre,mediante ſu aceptacion ſe mezclaſſen, y juntaſſen con ſus propios bienes las quatro legitimas de ſus hijos, no fue inſepara-biliter,ni mudò, ni pudo mudar la naturaleza de lo que inerat à iure ex ſupra allatis fundamentis, en cuya opoſicion no pudo la mixtura,y junta ſo-breuiniente produzir vnion inſeparable, argumẽ-to textus, *in l.ſi eo loco,§.final.ff.ſi ſeruitus vindicetur,* ibi: *Sicuti qui aqua ex aqua ius habet vtendi alia mix-ta vſus eſt, retinet ius ſuũ,* & text.in *l.ſi is cui, ff.quem-admod.ſeruitut. amittant,* ibi: *Aut aquæ admiſcuerit aliam,* D.Valençuel. *conſ.160. num. 77.* donde dio la razon deſte diſcurſo,ibi: *Nam mixtura addita nõ mutat naturam præcedentis diſpoſitionis, quæ admiſce-tur maximè per modum temperamenti.*

43 Lo tercero, y vltimo, y mas peremptorio,es, que auiendo el Doctor Franciſco de Sande,y ſu muger vinculado todos ſus bienes auidos, y por auer, deſpues por vna de las eſcrituras, que fue la ſegunda, y vltima,ſacaron, y deduxeron del vin-culo, y mayorazgo por voluntad expreſſa, y con-ſentimiento vniforme de ambos por bienes libres abſolutamente todo lo tocante a las legitimas, y alimentos en propiedad de los cinco hijos que te-nian: y aunque por muerte dellos la madre, que

ſo-

ſobreviuiò, les ſucedio abintestato, y ſe dize que recayeron en ſu dominio, mediante el titulo de heredera de ſus hijos, que ſobreuino, y con eſta nueua adquiſicion fueron ſuyas eſtas legitimas, y quedaron como bienes propios della al tiempo de ſu muerte, y por eſſo ſe pretende entraron en el vinculo deſpues de readquiridos.

44 Se ſatisfaze demas de lo que queda fundado, de que no entraron, ni pudieron entrar en la obligacion general de bienes auidos, y por auer, *ex rationibus ſupra animaduerſis.*

45 Con el texto ſingular de la *l. vltima, C. de remiſſionib. pignor.* cuya eſpecie es, que ſi la coſa hipotecada ſe enagenò, y ſalio de la hipoteca, y obligacion, de conſentimiento del acreedor en cuyo fauor ſe auia conſtituido la hipoteca, con la obligacion de los bienes auidos, y por auer, ò preſentes, y futuros, aunque deſpues boluieſſe al dominio del deudor *ex noua, & diuerſa cauſa*, no recae en la hipoteca, y obligacion, que eſſa quedò extinguida *totaliter*, ſin embargo de la dicha clauſula general, como indubitablemente ſe prueua por las palabras deſta ley, que por ſer tan adaptables al caſo preſente, ſe ponen a la letra, ibi: *Solita prouidentia vtimur etiam de pignoribus, vel hypothecis rerum, quæ quibuſdam creditoribus ſuppoſitæ poſteà à debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur creditore ſuum conſenſum contractui prebente, & quodam legitimo poſteà modo res ad priorem dominium reuertuntur. In hoc etenim caſu diuerſæ ſententiæ à legum prudentibus habitæ ſunt quibuſdam dicentibus ius pignoris creditori renouari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni ſolitum eſt, alijs penitus extingui. Nobis autem viſum eſt cum qui ſemel conſenſit alienationi hypothecæ, & hoc modo ſuum ius reſpuit,*

in-

indignum esset eandem rem, vtpote abinitio ei supposi- tam vindicare, vel tenentem inquietare.

46 Sobre cuya inteligencia mirabiliter ita Docto res communiter resoluunt.

47 Bartol. ibidem *num.* 1. in principio, vbi ait: *Quod quando recuperaretur res ex noua, & diuersa causa propter quam fuit deducta, & alienata de con- sensu ipsius constituentis, non venit huiusmodi res ap- pellatione bonorum futurorum, quod est valde mirabi- le, & quilibet fortasse contrarium diceret, qui non vi- disset dictam legem finalem.*

48 Couarrub. *lib.3. variar. cap.* 12. *num.* 2. versic. *Nam res ipsa consentiente donatario alienata*: y lo prosigue, y comprueua en el vers. siguiente, que comiença: *Sicuti deducitur ex l. vltima, C. de remis- sion. pignor.*

49 Merlin. *de pignorib. lib.4. titul.3. quæst.*109. *ex. n.* 38. vbi alios recenset.

50 Y quien mas sutilmente suo more discurrio en la materia, fue Pedro Surdo *decis.* 163. *ex nu.* 2. dando en el punto dos razones muy singulares, y juridicas.

51 Vna, de que siendo assi, como lo es, de que al tiempo del contrato la cosa obligada, ò hipote- cada estaua en los bienes del deudor, vino en la obligacion de los bienes presentes, y assi quando obligò los por auer, que son los futuros, no pudo entender de aquellos que tenia en sus bienes, y que obligaua en aquel tiempo mismo, cuya obli- gacion de bienes auidos, y presentes, quedò re- mitida: pues con el consentimiento de que se enagenasse, y quedasse libre la cosa obligada, se perjudicò absolutamente para que nunca mas (aunque boluiesse a su poder) recayesse en la hi- poteca: son singulares las palabras de Surdo, ibi:

Quia cum res tempore contractus esset in bonis venit in obligatione bonorum presentium, & ideo quando obligauit futura, non potuit debitor intelligere de ijs, quæ erant in bonis, & eo tempore obligauerat, ea autem obligatio presentium fuit remissa, quia creditor qui consentit alienationi rei sibi obligatæ, sibi preiudicat in hypotheca.

52 Otra, de que quando la cosa boluio a poder del deudor, ya por el consentimiento que auia dado el acreedor para que se enagenasse, quedò extinguida la obligacion, y no es posible en sentido legal recaer en ella, ni que pueda reviuir, ibi: *Esset alia ratio, quia tempore quo reuersa est ad debitorem iam per consensum erat extinta obligatio, seu hypotheca, ideo res reuersa non potest reincidere in eam*, hactenus Surdus *in d.num.2.*

53 Y prosigue en el *num.4.* siguiendo a Iuan Fabro *in dict. l. fin. in fin. C. de remission. pignor.* dicens: *Quod partes non videntur sensisse, quod bona, quæ veniebant in obligatione tempore contractus, haberentur pro futuris*: y concluye con la admirable doctrina de Baldo *in dict. l. fin.* in illis verbis: *Et dicit Baldus ibi. quod vbi obligatio habet duo capita, si res ab vno extrahatur ab vtroque eximitur.*

54 Eodem modo proculdubio tenendum est, que pues estas legitimas que el Doctor Sande, y su muger adjudicaron, y dieron a sus hijos, estauan en sus bienes, que vincularon al tiempo de la cõstitucion, y fundacion del mayorazgo, y las deduxeron, y sacaron del con expresso, y reciproco consentimiento de ambos, para que absolutamente quedassen, como desde luego quedaron libres, y sin grauamen, no se pudieron comprehender en la generalidad de bienes futuros, ni cabe en buena Iurisprudencia, q̃ siendo bienes

pre-

presentes, y que vinieron en la fundacion con esta calidad, al tiempo de su otorgamiento quisiessen los fundadores que fuessen auidos por futuros, ni boluiessen a reincidir en el mismo vinculo donde fueron deducidos, y abstraidos, para que fuessen libres, y sin grauamen.

55 Et licèt Iuan Baptista Hodierna *in additione, & obseruatione ad prædictam decis. Surdi 163. num 2.* aduierte.

56 *Hoc intelligẽdũ non esse, quando redit res ad debitorẽ ex eadẽ causa veluti ex pacto de retrouendẽdo, aut legis cõmissoriæ, additionis in diẽ, vel si res fuerit reddibita, quia tũc obligatio, quæ prius reuocabiliter, vel suspẽsiuè erat extincta reuiuiscit, & res deducta, vel distracta reincidit in obligationẽ, prout erat antedeductionẽ, & extractionem,* que es el caso de la *l. voluntate, ff. quib. modis pignus, vel hypotheca soluit,* y de la glossa vltima *in d. l. fin. C. de remiss. pignor.*

57 Assienta, y resuelue en el mismo *nu.* 2. por inconcusso, y constante lo contrario: *Quando ex causa dissimili, vt puta si res quam distraxit, vel deduxit ad eum posteà reuersa sit ex causa hereditatis, vel simili:* que es el caso de la dicha *l. final,* y el mismo que està ofreciendo la presente controuersia deste pleito, en las legitimas de los quatro hijos predifuntos, que fueron deduzidas del vinculo, como dicho es, y boluieron despues a poder de doña Ana de Messa, fundadora, su madre, mediante la herencia, y sucession abintestato, y no pudierõ recaer en lo vinculado en virtud de la clausula de bienes futuros.

58 Y con la dicha distincion hecha, y ponderada por Hodierna, vbi supra transeunt imo nerbose, & communiter eam defendunt Molina el Teologo *de contractibus, disput. 537. num. 16.* Franchis

de-

decis.64.nu.6.7.& 8. Ioan.Franc. de Ponte *consil. 92.num.4. volum.2.* y la Rota Romana *decis.175. num.9. part. 1. in nouissimis,* Milanens. *decis.9. nu. 44. & sequentib. lib.2.* Don Francisco Geronimo de Leon *decis. 67.lib.1.num. 12. per totam,* precipuè, versic. *Vel ex causa hereditaria.* Merlino *de pignorib. dict.lib.4. titul.3. quæstio.109.* ex *num. 38.* & signanter *num. 41.* versic. *Quando à debitore recuperaretur res ex noua, & diuersa causa propter quam fuit alienata,* quibus addendus est Noguerol. *alleg. 22.num 22.& 23.*

59 Vltimamente fortiter stringit, lo que por sentencia probabilissima està resuelto de que quando *res quæ erat ex comprehensis in fideicommisso, fuit alienata liberè, perfectè, & absolutè, & postea hæres grauatus eamdem rem adquisiuit ex alio contractu diuerso, tunc non esse fideicommissario restituendam,* segun Peregrino *consil.38.num.10. & sequentib. lib. 4.* Fusar. *de substitutionib. quæstion. 541.nu.23.* versic. *Vnde aliud dicendum esse, & quæstio. 531. num. 91.* vbi allegat Iasson. *in authent. res quæ, C. commun. delegat.* & Ripam *in l. filius familias, §. Diui Seuerus, el 2. num.62. delegati 1.* y el mismo Peregrino *in tractatu de fideicommissis, artic.42.num.22.* Refert ita fuisse iudicatum in facti contingentia (qui tamen licèt ibi dicat quod dissentit.)

60 Fuera de que Peregrino hablò en caso muy diuerso del presente, porque fue en cosa deduzida del fideicommisso, para constitucion de dote, con pacto redimendi eam: y que al tiempo que llegò el suceder en el fideicommisso se hallò que el padre la auia redimido, y buelto a su poder, ex dicto pacto precedenti, como en el *num. 21.* lo propuso, ibi: *Cum pater, vel alius dat in causam dotis, aut ex ea causa alienat cum pacto recuperan-*

randi, nam sequta recuperatione res in pristinam fideicommissi causam reintegratur, & restituitur: y lo prosigue en el dicho *num.22.* ibi: *Cum grauatus alienat rem fideicommissariam, & illam posteà re emit,* que es lo propio que alegando al mismo Peregrino, y a Craueta refirio Fusario *de substitutionibus, dict. quæstio. 531. num.93.* ibi: *Quando altenatio rei fideicommisso suppositæ fit pro dote cum pacto redimendi rem, & tempore euenientis casus fideicommissi, pater grauatus recuperauit rem alienatam, quia tunc res in restitutione fideicommissi veniret. Crauet. consil.202. per totum, Peregrin. dicto artic.42. num.21.* Y prosigue dando la razon de diferencia, ibi: *Et ratio est quia sequta recuperatione res in pristinam fideicommissi causam reintegratur, & recuperans non dicitur habere ex nouo titulo rem, sed benè ex præcedenti:* que viene a ser el primer miembro de la distincion de Iuan Baptista Hodierna, referida supra num. 55. y no tocante al segundo en que estamos, que es tan seguro, y diferente, & sine contradictore.

61 Y aunque el mismo Peregrino *dicto num 22.* quiso dar a entender que disentia, *etiam in casu vbi ex nouo titulo fideicommissarius possideret, tempore euenientis fideicommissi, rem quæ pro dote fuerat deducta de fideicommisso,* para que en tal sucesso huuiesse de recaer en el mismo fideicommisso, no embargante *quod per iudicium prætorium contrariũ fuisset iudicatum,* como alli certifica.

62 La opinion deste Autor se opone a la comun de tantos, y tan graues, como quedan referidos, y lo que mas es a las determinaciones legales, sin auer respondido, ni hecho mencion dellas, y por esso le reprueua Fusario *dict. quæst.531. num.94.* dando para ello la razon expressa, omnino videndus.

63 Con que de todo punto queda claro tocar à doña Maria de Sande por bienes libres las legitimas de sus quatro hermanos en la cantidad assignada en propiedad para sus alimentos: y no obstante que aya sucedido en el mayorazgo, le quedò, y tiene derecho para retenerlas, conforme a la *l. Marcellus 3. § res quæ, ff. ad Trebellian.* cuya decision procede, no solo respeto del hijo en su legitima, y Trebelianica, sino tambien respeto de qualquiera estraño que tenga el mismo, ò semejante derecho, vt per Bartol. ibi. *num. 2. & nu. 10.* vers. *In eadem gloss. prima placet*, Rota apud Farinac. *decis. 215. par. 2. in recentiorib.* Peregrin. *artic. 39.* Menoch. *cons. 292. num. 6. & 7.* Rota apud Buratum *decis. 853. nu. 5. & 6.* eadem Rota *decis. 116. num. 24. part. 6. in recentiorib.* Argel. *de legitim. contradict. quæst. 13. artic. 1. nu. 5.*

64 Y en fauor del hijo està introduzido que la legitima, y Trebelianica la aya de sacar en bienes en especie, y de los frutos de la herencia no se le ayan de imputar, Bart. *in d. l. res quæ, num. 2* Rota per Farin. *d. decis. 215. nu. 1. p. 2. in recentior.*

65 De que resulta ser llana la justicia de doña Maria de Sande, para que en todo se pronuncie en su fauor. Saluo, &c.

El Lic. D. Alonso de Aguilar.